

TC 017.566/2012-6

Natureza: Representação

Unidade Jurisdicionada: Eletrobrás Distribuição Piauí - EDP.

Representante: R.S. - Comércio de Terminais Telefônicos Ltda.

Interessada: Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP

Procuradores: Izabelita de Jesus Carneiro Machado, OAB/PI 4902 e outros (peça 26)

Assunto: Representação. EDP-Piauí. Cautelar.

Proposta: de mérito

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela R. S. - Comércio de Terminais Telefônicos Ltda., noticiando possíveis irregularidades no Edital de Licitação de Concorrência Pública 006/2012-Serviços (peça 6, p. 1-23), conduzida pela Eletrobrás Distribuição Piauí - EDP, voltada à contratação de escritório de advocacia objetivando a prestação de serviços jurídicos especializados.

2. A presente Representação tem por escopo, basicamente, irresignação sobre a ocorrência dos seguintes indícios de irregularidades:

a) exigência considerada irrazoável e não justificada, descrita no subitem 9.4.2 do edital, a saber:

6.4.2. O licitante deverá apresentar declaração de que a sociedade manterá durante toda a execução do contrato estrutura física e funcional, conforme tabela abaixo:

Local	Mínimo de funcionários
Brasília/DF	Dez advogados, 1 secretária, 1 mensageiro, 2 auxiliares de escritório.

Local	Mínima estrutura física
Brasília/DF	Treze computadores com conexão na internet banda larga, interligados em impressora padrão, aparelho de fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião para, no mínimo, dez pessoas, veículo para deslocamentos.

b) inexecuibilidade do preço de referência adotado no edital, de R\$ 19.500,00 mensais, em face da estrutura mínima exigida no subitem 9.4.2 do Edital.

3. Pois bem. No juízo de cognição sumária da cautelar, o Ministro-Relator (peça 10), encampando exame promovido por esta Secex (peças 7-9), assim decidiu:

15. Assim, decido:

15.1 admitir a representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c os arts. 235, parágrafo único, e 237, VII, do Regimento Interno do Tribunal;



15.2 nos termos do art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, determinar, cautelarmente, a suspensão dos atos pertinentes à Concorrência Pública 006/2012 até o julgamento de mérito desta Representação;

15.3 com base no § 3º do art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, determinar a oitiva do responsável pela Concorrência Pública 006/2012, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência, apresente a este Tribunal os esclarecimentos pertinentes e as contrarrazões em relação aos fatos noticiados nesta representação, com destaque para a exigência de requisitos pontuais e detalhados de infraestrutura e de número mínimo de profissionais contidas no subitem 6.4.2 do respectivo edital, o que colide com a vedação expressa no inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/93, porquanto tais exigências editalícias restringem potencialmente o caráter competitivo da licitação;

15.4 nos termos do art. 157 do Regimento Interno do Tribunal, diligenciar à Eletrobras Distribuição Piauí – EDP – para que encaminhe ao Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, cópia, de capa a capa, dos autos do processo referente à Concorrência Pública 006/2012, incluindo todos os atos praticados até a data da resposta à presente diligência;

15.5 alertar o Presidente da Eletrobras Distribuição Piauí – EDP – de que a eventual consumação de irregularidades decorrentes da continuidade do certame em tela sujeitará o(s) responsável(is) às sanções previstas na Lei 8.443/92.

4. Ultimadas as providências a cargo desta Secex, tendo por escopo proceder às comunicações processuais ao responsável pelo certame, foram prestados os esclarecimentos solicitados (peça 21) e disponibilizada a cópia integral dos autos do processo referente à Concorrência Pública 006/2012 (peças 23-24), cujo conteúdo será, doravante, objeto de nossa análise.

Exame Técnico

Argumento:

5. A EDP inicia questionando onde estaria a restrição à competitividade do certame, eis que se permite a participação do licitante mesmo que não tenha a estrutura ali descrita. Considera, pois, que o item 8.3, “b”, do projeto básico, reproduzido pelo item 6.4.2. do edital, não compromete a competição, tanto que o licitante que não possuir no momento da disputa a estrutura mínima ali indicada, poderá participar e se tornar vencedor. Assim, segundo conclui, o item do edital, ora questionado, não colide com o art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93.

6. A propósito disso, ressalta estarem demonstrados três pontos: a) que a exigência ora questionada não compromete, impede ou frustra a competição (uma vez que, repise-se, o licitante que não possuir a estrutura descrita no dispositivo editalício pode participar e se tornar vencedor); b) que está em consonância com o que vem sendo orientado pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo do que dispõem os Acórdãos 167/2006 - Plenário e 1.598/2006 - Plenário; e c) que a exigência tem como fundamento legal o artigo 30, II, do Estatuto das Licitações.

7. Por outro lado, sob o subtítulo “*das razões que levaram a administração exigir a estrutura mínima física e funcional para a execução do contrato*”, procurou demonstrar a razoabilidade dos quantitativos exigidos, em face dos serviços demandados, objeto do presente edital, arrematando, pois, que tais exigências – no sentido da manutenção de uma estrutura mínima – fitavam à perfeita execução do trabalho e, desde o início do processo de contratação, deixou-se muito claro que a não manutenção de tal estrutura configuraria infração grave, penalizada com multa de 5% do valor mensal do contrato, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, conforme item 23 e anexo IV do projeto básico. Por essa razão, vê-se que a não observância de tal estrutura física e funcional mínima tem por consequência a penalização do escritório contratado, não tendo, saliente-se, qualquer relação com a vedação à participação da concorrência, como fez entender a autora da Representação.

8. Contextualiza, outrossim, que a presente concorrência pública tem o mesmo objeto de contrato firmado pela EDP, cuja vigência finda-se em 10/10/2012, oriundo de processo licitatório de concorrência, tipo técnica e preço, que, em face do art. 57 da Lei 8.666/93, não pode mais ser prorrogado, razão pela qual urge que a conclusão da Concorrência Pública 06/2012 se dê antes de outubro deste ano. Dessa feita, desde já, pleiteia a reconsideração da decisão cautelar de suspensão do certame, para que se possa dar continuidade aos atos subsequentes, uma vez que, conforme entende haver demonstrado acima, o texto atual do projeto básico e do edital não impede a participação na competição de qualquer escritório que não detenha, neste momento, a estrutura física e funcional descrita no item 6.4.2 do edital.

9. A par do exposto, requer: a) a reconsideração da decisão cautelar, diante da ausência de prejuízo para a competição e para que seja evitado iminente dano ao interesse público, determinando o prosseguimento da licitação, uma vez que a exigência questionada só trará efeitos práticos no momento da execução do contrato; b) seja julgada improcedente a representação, diante da inexistência de restrição à competição e da razoabilidade da estrutura descrita no item 6.4.2 do edital; c) caso esta Corte entenda pela irrazoabilidade de qualquer ponto contido no item 6.4.2 do edital, o que admite apenas pelo prazer de argumentar, que seja determinado de forma objetiva aquilo que necessita de correção, a fim de que sejam evitadas novas paralisações ao certame, o que acarretará – caso o mesmo não seja concluído antes do outubro vindouro – grave dano ao interesse público.

Análise:

10. Como já anotado, por ocasião da instrução anterior (peça 7, p. 2-4), temos que o ponto fulcral da presente Representação diz com o malferimento da igualdade entre os licitantes e a restrição à competitividade do certame licitatório, para o que necessário se faz a invocação do art. 37, XXI, da CF e art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/93, que dizem:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

11. Dessa feita, consideramos, ainda por ocasião da instrução anterior (peça 7, p. 2-4), que o objeto da presente licitação não se enquadrava nas ressalvas previstas *in fine* no art. 3º, I, do Estatuto das Licitações e, portanto, que as exigências do item 6.4.2 do edital multicitado acabariam por infirmar a isonomia, ocasionando um indevido cerceamento ao caráter competitivo do presente certame e à igualdade entre os licitantes, dado que exigido requisitos excessivos e desconexos com o específico objeto licitado.

12. Repisamos que a licitação em tela tem por fito a contratação de escritório advocatício para o patrocínio de causas jurídicas, pelo que somente se têm por autorizadas e devidas as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, ao tempo em que citamos os seguintes excertos de acórdãos desse TCU:

9.3.15. inclua quesitos de pontuação da proposta técnica que guardem estrita correlação técnica e operacional com os serviços constantes do item do objeto avaliado, abstendo-se de prever quesitos que não indiquem necessariamente maior capacidade para fornecer os serviços ou que não sirvam para avaliar aspecto relevante ou pertinente do item a que estão relacionados [...].

(TCU. Acórdão 1.094/2004 - Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 4/8/2004)

1.6.1.2. inclua, nos seus respectivos editais de licitação, exigências de qualificação técnica e econômico-financeira compatíveis com a materialidade e a complexidade do objeto a ser licitado, de modo a minimizar o risco de prejuízo para a Administração Pública Federal;

(TCU. Acórdão 374/2009 - Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Sessão 10/2/2009)

9.2. dar ciência à Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro quanto a necessidade de, ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação para capacidade técnica profissional ou operacional, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre objetivamente que os parâmetros fixados, inclusive os concernentes aos quantitativos mínimos, são adequados, necessários, imprescindíveis e pertinentes à certificação do *know how* para execução do objeto licitado;

(TCU. Acórdão 489/2012 - Plenário. Relator: Valmir Campelo. Sessão 7/3/2012)

13. Pois bem. Novamente nos debruçamos sobre a questão [da alegativa da EDP no sentido de que não se verificou restrição à competitividade, eis que a referida exigência só haveria de ser adimplida quando da assinatura do contrato]. Soou-nos, em princípio, fantasioso alegar que não haveria tal restrição simplesmente pelo fato de que exigência só seria requerida quando da assinatura do contrato.

14. Assim pensamos porque quando da apresentação de documentação relativa à qualificação técnica o escritório/licitante já deveria apresentar documentação comprobatória de sua aptidão para o desempenho da atividade objeto do edital e compatível em características, quantidades e prazos e, bem assim, indicar instalações, aparelhamento, pessoal técnico adequado e disponível à realização do objeto licitado, além da qualificação de cada um dos membros da equipe que realizará o trabalho, nos termos do art. 30, II, da Lei 8.666/93. Ora, ainda que não exigida tal estrutura já no momento da própria concorrência pública em si, não é crível que, ressalvado os casos de má-fé de licitante, algum escritório cuja estrutura fosse aquém da demandada alcançaria tal comprovação.

15. Demais disso, a exigência do item 6.4.2 do Edital de Concorrência Pública 006/2012 diz com a qualificação técnica do licitante, é dizer, trata-se de exigência que redundaria na inabilitação de licitante que, *na data da proposta*, não a satisfaça, do que se infere que nem em tese seria possível sagrar-se vencedora banca advocatícia com qualificação técnica aquém da exigida, já que a inabilitação importa em preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes, consoante art. 30, § 1º, I, c/c art. 41, § 4º, da Lei 8.666/93, senão vejamos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e

indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

16. De outra banda, fora dito, a exemplo do número de advogados solicitados [10 advogados], que o objeto consiste na prestação de serviços jurídicos especializados para o patrocínio de ações judiciais na Justiça Federal (JFDF e TRF 1ª Região – 2ª instância), Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, portanto, o escritório contratado atuará em cinco frentes de trabalho distintas: 1) Processos que tramitam na Justiça Federal do Distrito Federal (da 1ª a última instância); 2) Processos que tramitam no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (a partir da 2ª instância); 3) Processos em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho; 4) Processos no Superior Tribunal de Justiça e 5) Processos no Supremo Tribunal Federal. Logo, foi exigido que na execução do contrato o escritório dispusesse do trabalho de 10 advogados, a fim de que a administração possa contar com pelo menos dois causídicos por frente de trabalho, para que na ausência ou impedimento de um, haja sempre um profissional, que também lida com aqueles processos no seu cotidiano, disponível para o adequado tratamento dos problemas que possam surgir, e assim o interesse público sempre esteja adequadamente tutelado. Ressalta-se que o escritório contratado patrocinará processos que envolvem interesses extremamente relevantes para a administração, e que, em virtude disso, cabe ao gestor cuidar para que não haja, de forma alguma, solução de continuidade na prestação do serviço.

17. Compulsando os autos, entendemos que o referido quantitativo não encontra muita plausibilidade. Da peça 24, p. 65, vemos o demonstrativo do número de processos acompanhados nos últimos meses, de março de 2011 a março de 2012, onde se tem, em média, os seguintes números de causas mensais para cada "frente": TST = 103,23 causas; STF = 9,31 causas; STJ = 10,08 causas; JF = 5,23 causas; TRF1 = 32,85 causas, totalizando, em média, sem discriminação por frentes, 162,42 causas. Ora, dada a justificativa cartesiana da EDP, para as 103,23 causas mensais do TST ter-se-ia

dois advogados para ultimá-las e, do mesmo modo, para as apenas 5,23 causas mensais da Justiça Federal também outros 2 advogados. Não se desconhece as diferenças e especificidades de cada justiça, mas, convenhamos, o disparate revela-se enorme, daí de se questionar por que não 9, 8, 7 ou 6 advogados, ou qualquer outro número, como suficientes à realização do trabalho, razão pela qual não é de ser aceita tal alegação. No ensejo, a necessidade de um advogado suplente, para os casos de ausência e/ou impedimento do principal, como alegado, já revela serem bastantes 5 advogados à liquidação do objeto do certame.

18. O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, aplica-se à questão da exigência de 1 secretária, 1 mensageiro e 2 auxiliares administrativos e, bem assim, a de que possuísse treze computadores com conexão na internet banda larga, interligados em impressora padrão, aparelho de fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião para, no mínimo, dez pessoas e veículo para deslocamentos. É possível que os próprios advogados desenvolvam algumas dessas funções sem a necessidade de possuírem secretária, mensageiro e auxiliares administrativos e, outrossim, é possível que possam se valer de internet, impressora, fax, scanner, telefone, copiadora, sala de reunião e veículos [só para o veículo que fora feita expressa consignação da desnecessidade de que fosse de propriedade da licitante] que não sejam próprios, motivo este que torna tal exigência de qualificação técnica *dispensável* à garantia do cumprimento das obrigações e/ou impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, o que é vedado pelos arts. 37, XXI, da CF e 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, já citados.

19. Não obstante a sinalização da inadequação da exigência de tais requisitos, não compete ao TCU declinar o quantitativo necessário, seja ele funcional, seja estrutural, à realização do serviço objeto do certame, sob pena de indevida intromissão em questão afeta à organização administrativa da EDP, é dizer, em questão afeta ao *mérito* de seus atos administrativos, cuja natureza jurídica é discricionária. Nesse sentido, é válido lembrar que a análise ora desenvolvida, que aponta para a inadequação do estabelecimento *excessivo* de tais quantitativos, não invade a discricionariedade administrativa, ou seja, o mérito do ato administrativo, porquanto se restringe à análise da legalidade, entendida esta, como a adequação do ato à “lei seca”, e, também, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme escólio de José dos Santos Carvalho Filho [Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pág. 45], que diz:

[...] modernamente, como já tivemos oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder.

20. Com efeito, registre-se que a Administração, quando da realização duma licitação, deve focar-se no serviço que ela espera ver contratado, esmiuçando, em razão disso, além das justças em que a banca atuará uma previsão de quantitativo de causas, com vistas a que participem da licitação aqueles escritórios que, efetivamente, entendam-se capazes de suprir a demanda laboral então posta, limitando, por outro lado, suas exigências aos quantitativos conexos e imprescindíveis à realização do objeto que sejam realmente mínimos. Sob essa perspectiva, eventual descumprimento contratual, por parte do escritório vencedor, tem como contrapartida a punição contratual, o que em larga medida enseja conforto à Administração, a despeito dos problemas que geraria uma inexecução contratual



superveniente. Doutro modo, também é possível à Administração exigir garantias contratuais do licitante/contratado possibilitando ainda mais se lograr êxito no cumprimento do contrato. Eis os dispositivos legais que dão suporte ao que ora se desenvolveu:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

21. Portanto, como já reconhecido na nossa manifestação anterior (peça 7, p. 2-4), é de se reiterar que as exigências de requisitos de qualificação técnica são formas de acautelamento da Administração, com vistas a que o objeto seja cumprido pelos licitantes, entretantes, não podem elas [as exigências] serem de tal monta que importem no cerceamento da competitividade, com requisitos que não guardam estrita relação de necessidade com o cumprimento do objeto em questão e/ou convolem-se em instrumento que impossibilite o êxito de pequenos escritórios de advocacia, o que, a propósito disso, explicaria, em tese, a pequena competitividade observada na prática, já que das 38 empresas que retiraram o edital, mas apenas 2 delas efetivamente concorreram (Ata de abertura da licitação, peça 23, p. 10). Assim, frise-se, exigências especiais de habilitação, quaisquer que sejam as particularidades do objeto, devem manter vínculo com a lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame e serem tecnicamente justificadas no edital do certame. A esse propósito, em razão da propriedade com que foi tratado o tema, convém registrar excerto de jurisprudência deste Tribunal assim vergastados:

33. Com efeito, a exigência de qualificação técnica, como requisito de habilitação das empresas licitantes, desde que tecnicamente justificada, pressupõe medida acautelatória adotada pela Administração com vistas à garantia mínima de que os contratantes cumprirão suas obrigações a contento, não constituindo, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo das licitações. Entretanto, não podem ser tais exigências desarrazoadas, a ponto de cercear a participação de possíveis interessados, nem deixar de guardar relação com as necessidades estritamente ligadas ao objeto da licitação. Portanto, tais imposições são admitidas, mas devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, devendo a Administração demonstrar de forma inequívoca, expressa e pública, que foram fixadas segundo razões técnicas. E, quando estabelecidas como requisito de habilitação, devem guardar relação com as garantias indispensáveis ao cumprimento do objeto.

(TCU. Acórdão 1.417/2008 - Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 23/7/2008)

9.2.2. ao inserirem exigência de comprovação de capacidade técnico-profissional ou técnico-operacional de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993, consignem no respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos de tal exigência e demonstrem tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a prescrição não implica restrição do caráter competitivo do certame;

(TCU. Acórdão 5.508/2009 – 2ª Câmara. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão 21/10/2009)

22. Adicionalmente, também vem da jurisprudência do TCU o ensinamento de que em licitações do tipo técnica e preço os requisitos a serem exigidos devem funcionar como critério de pontuação entre os licitantes e não para habilitação destes – exceto em relação aos *mínimos* necessários à execução do objeto –, de modo a ensejar a maior participação possível e, igualmente, a seleção do licitante mais preparado/capaz à realização do objeto.

26. Necessário realçar que a Lei de Licitações exige, no art. 46, § 1º, I, que as propostas técnicas sejam avaliadas por meio de critérios determinados e obrigatórios.

27. Primeiramente, exige que os critérios sejam *'pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório'*. Depois, que os *'critérios considerem a capacitação e a experiência do proponente'*.

28. Exige que sejam estabelecidos critérios quanto à qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução. Destaco: equipes que serão mobilizadas para a execução do contrato, e não da equipe que meramente componha o quadro funcional da licitante.

29. Exige que seja avaliada a *'qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos'*.

30. É da essência da licitação do tipo técnica e preço a formulação de proposta técnica. A inexistência dessa proposta transforma o certame em um tipo diferente de

licitação, destinado a qualificar diferentes níveis de cumprimento de requisitos de habilitação técnica, além dos mínimos exigidos.

31. Em outras palavras, uma licitação, como a aqui analisada, conduzida como se fosse do tipo técnica e preço, sem que sejam formuladas propostas técnicas, pode ser plenamente realizada sob o tipo menor preço fixando-se requisitos de qualificação técnica adequados à esmerada execução do objeto. Note-se: os requisitos de qualificação não se referem a um mínimo necessário à execução do objeto em nível de qualidade aceitável, mas para execução com a qualidade desejada e necessária ao interesse da administração.

32. Nesse sentido, destaco que o art. 30, II, da Lei de Licitações, exige que o licitante comprove, conforme o caso, *'aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos'*.

33. Assim, o fato de um escritório possuir mais sócios ou advogados experientes (com mestrado ou doutorado, com artigos e livros publicados, entre outros) do que o concorrente não garante, por si só, uma melhor execução dos serviços, pois isso vai depender da qualificação do profissional que atuará diretamente nas ações que envolvem a CBTU.

(TCU. Acórdão 525/2005 - Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Sessão: 07/03/12)

9.3.5. atente, quando do estabelecimento de critérios de pontuação e valoração dos quesitos da proposta técnica dos licitantes, para fins de obtenção dos índices técnicos em licitações do tipo técnica e preço, para a adequação e compatibilidade das comprovações requeridas com o objeto licitado, de modo a atribuir pontuação proporcional à relevância e à contribuição individual e conjunta de cada quesito para a execução contratual, observando-se, ainda, a pertinência deles em relação à técnica a ser valorada, de modo a não prejudicar a competitividade do certame pelo estabelecimento de pontuação desarrazoada, limitadora da competitividade da disputa ou, ainda, ou sem relação de pertinência com os requisitos técnicos indispensáveis à boa execução dos serviços, o que pode resultar na seleção de propostas técnicas de alto custo para a Administração, porém sem o aproveitamento, na execução do contrato, de todo o potencial técnico valorado para a seleção do licitante vencedor;

(TCU. Acórdão 1.782/2007 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão: 29/08/07)

23. Em arremate complementar, traz-se a colação excerto do voto e do dispositivo Acórdão 167/2006 - Plenário mencionado pelo responsável quando da apresentação de sua oitiva, ora analisada, que corrobora o entendimento então defendido por nós. Vejamos:

[Voto]

Observo, primeiramente, como bem ressaltou a unidade técnica, que se está licitando serviços e não mão-de-obra, sendo assim, não caberia à contratante exigir da

contratada que essa prestação de serviços se dê, exclusivamente, por meio de funcionários contratados sob o regime celetista (é isso que dá a entender o edital), eis que há outras formas pelas quais essa relação pode ser estabelecida, seja por meio profissionais autônomos, ou mesmo do quadro societário da empresa licitante.

Outro aspecto: nota-se que a exigência da prévia existência, no quadro permanente da empresa, dos profissionais com as certificações requeridas implica restrição ao caráter competitivo da licitação. Aqui, permito-me reproduzir excerto do Voto condutor do Acórdão 481/2004 - Plenário, onde questão análoga foi enfrentada:

‘8. Também se apresenta problemática a previsão de quesitos para pontuar a comprovação de prévia vinculação ao licitante dos profissionais necessários ao atendimento do contrato.

9. Não procede o argumento do responsável no sentido de que o critério de pontuação se destina a garantir que a empresa selecionada tenha a quantidade necessária e a qualidade requerida quanto aos profissionais alocados para cumprir o contrato. Não procede porque não há relação direta entre a qualidade dos serviços ofertados e a prévia disponibilidade de empregados da contratada. Além disso, o critério adotado estabelece uma falsa correlação entre o quadro de pessoal pré-existente à época da licitação e a garantia de realização dos serviços ao desprezar o fato de que, após vencida a licitação, a empresa poderá organizar sua capacidade produtiva de modo a dar cumprimento ao contrato que será celebrado. Na verdade, a quantidade e a qualidade dos profissionais que prestarão o serviço serão relevantes durante a execução do contrato, e não antes. Nessa esteira, verifica-se que a exigência, ou acaba por privilegiar as empresas de grande porte, que já contam com um extenso quadro de funcionários, ou leva a licitante a efetuar despesas com a contratação de pessoal simplesmente com a finalidade de participar do certame licitatório. Em ambos os casos, ficam prejudicadas a competitividade do certame e a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa’.

Ademais, também não prospera o argumento da Dataprev de que, na licitação em comento, é exigida a existência de apenas 3 (três) profissionais nos quadros da empresa para obtenção da pontuação máxima. É que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 30, § 1º, inciso I, somente impõe como obrigação à licitante a comprovação de possuir em seu quadro permanente 1 (um) profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, que comumente se chama de responsável técnico. Penso que exigir mais do que o estabelecido na norma daria margem a cometimento de abusos, violando a competitividade da licitação.

Conquanto isso, entendo que a Administração não está impedida de resguardar seus interesses, no caso concreto, exigir das licitantes certificação dos empregados nas categorias PMP (Project Management Professional), CFPS (Certified Function Point Specialist), OCP (Oracle Certified Professional) e no MCP (Microsoft Certified Professional). Contudo, no meu sentir, tal exigência mostra-se mais apropriada na fase da qualificação técnica, como destacou a unidade técnica, ou mesmo na fase de pontuação, desde que não implique despesas prévias à efetiva celebração do contrato, sob pena de ensejar a anulação do certame.

[Acórdão]

9.2. fixar [...] prazo [...] para que a Dataprev adote as providências necessárias à anulação do processo licitatório relativo à Concorrência nº 009/2004;

9.3. determinar à Dataprev que, quando da abertura de novo procedimento licitatório, observe os seguintes preceitos na elaboração do edital de licitação:

[...]

9.3.2. estabeleça critérios de pontuação que guardem estrita correlação com cada item a ser licitado, explicitando no processo a fundamentação para todos os itens exigidos, objetivando, exclusivamente, identificar as empresas detentoras de maior capacitação técnica, abstendo-se de incluir quesitos cuja comprovação restrinja a competitividade da licitação, exceto nos casos em que tal comprovação seja estritamente necessária à consecução do objeto;

(TCU. Acórdão 167/2006 - Plenário. Ministro Guilherme Palmeira. Sessão: 15/02/06)

24. Todavia, em caráter excepcional – e estritamente em relação ao caso concreto –, cremos ser possível o seguimento da Concorrência Pública 006/2012 – Serviços, com esteio nas razões fático-jurídicas que passaremos a declinar.

25. Como anotado alhures, pela Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP, o contrato para o patrocínio de defesa judicial então vigente, cujo objeto identifica-se com o da presente licitação, tem data limite para encerrar – já consideradas as prorrogações possíveis facultadas pelo art. 57 da Lei 8.666/93 – dia 10 de outubro de 2012, ou seja, daqui a aproximadamente 73 dias corridos (ou 53 dias úteis).

26. Dessa feita, considerando os prazos previstos no Estatuto das Licitações (Lei 8.666/93) e, bem assim, os previstos no Edital da Concorrência Pública em tela relativos à possibilidade de interposição de Recurso Administrativo (peça 24, p. 34), ter-se-ia, como possibilidade, uma estimativa de tempo de: a) 45 dias corridos, que é o prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento (art. 21, § 2º, I, “b”, da Lei 8.666/93); b) 3 dias úteis para julgamento, em caso de impugnação de edital por cidadão e/ou licitante (art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93); c) 8 dias úteis, em caso de inabilitação ou de desclassificação de todos os licitantes (art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93); e o de 5 dias úteis, nos casos de Recursos Administrativos apresentados pelos licitantes ou seus procuradores (item 15.1 do Edital de Concorrência Pública 006/2012).

27. Assim sendo, evidencia-se, o apertado interstício restante à Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP para proceder à anulação da presente licitação e, por conseguinte, abertura de uma nova, escoimada das observações pontuadas acima. Acresce-se, como agravante, que é natural que qualquer providência por parte da EDP só seja iniciada após o conhecimento da deliberação que vier a ser tomada por este TCU, por meio do competente acórdão, a ser ainda prolatado.

28. Não se desconhece que, a rigor, a problemática acerca da falta de tempo para anulação e abertura de novo procedimento licitatório traduz-se em falta de adequado planejamento administrativo, em princípio, imputável à EDP, contudo, a despeito disso, pensamos que tal situação [falta de adequado planejamento] não é objeto do presente processo de Representação, razão pela qual nossa ponderação, no presente momento, giza em torno do custo-benefício da anulação da Concorrência Pública em tela.



29. Ainda sobre o custo-benefício, calha referir, insistindo no que já dissemos anteriormente (peça 7, p. 2-4), que o pagamento mensal de R\$ 19.500,00 se nos afigura bastante razoável, mormente porque, consoante item 17.1. do Edital de Licitação de Concorrência Pública 006/2012-Serviços, tal valor fora “encontrado” após pesquisa de mercado:

“17.1. Após consulta ao mercado, de acordo com a documentação que instrui o presente procedimento, estimamos para a contratação em questão o valor de R\$ 234.000,00 (duzentos e trinta e quatro mil reais) para o período de 12 (doze) meses de serviços realizados”.

30. Ademais disso, consta dos esclarecimentos prestados pela Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP (Peça 6, p. 24-28) que a assessoria jurídica desta, instada sobre o ponto, não considerou inexequível o preço ofertado, eis que:

[...] se baseou em pesquisa de mercado para a fixação do valor e a estrutura funcional não deverá ser remunerada exclusivamente pelo contrato que será firmado com a CEPISA, pois que os serviços não serão exclusivos e o objetivo da licitação é o encontro da proposta economicamente mais vantajosa para a administração.

31. Portanto, quer nos parecer que inexistente qualquer irregularidade neste ponto em específico, dado que a pesquisa de preço constante dos autos (peça 24, p. 125-143) denota a representatividade do preço encontrado e, bem por isso, materializa uma correspondência ao valor de mercado. Em reforço, é de se dizer que tal preço é o preço limite, o teto das propostas a serem apresentadas, significando, pois, que, efetivamente, é de se ter, como grande possibilidade, um preço contratado aquém desse limite.

32. Como se já não bastasse tais razões, é preciso não perder de vista o risco do *periculum in mora* reverso, a ser suportado pela Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP, caso se manifeste decisão que determine a anulação da presente licitação e a realização de uma nova. É dizer, verificar-se-ia a possibilidade de a efetivação da cautelar, com a conseqüente necessidade de anulação e realização de nova licitação, causar mais dano à EDP (e à sociedade) do que o seguimento da Concorrência Pública 006/2012.

33. Nesse sentido, goza de plausibilidade a alegação da Eletrobrás Distribuição Piauí – EDP de que, sem a contratação de um novo escritório de advocacia, e dado o término do prazo que se avizinha, do atual contrato, estará impossibilitada de ter um acompanhamento próximo e efetivo, dado que o seu quadro próprio de advogados é insuficiente para prestação do serviço, na medida em que já sufocado, com um elevado número de atribuições, sem falar nas despesas que seriam necessárias com diárias de empregados para o desempenho de tal incumbência e, bem assim, na própria qualidade das intervenções dos causídicos, vez que tomadas à míngua de tempo hábil para uma análise mais acurada.

34. De tudo o retromencionado, temos, em suma, que é natural – e mesmo louvável – a preocupação da Administração com a total e precisa execução contratual [nada obstante a possibilidade



de ser exigir garantias e cominar penalidades, na forma da Lei 8.666/93] e, por sua vez, compreensível inserir exigências com vistas à obtenção dessa execução, contudo, sob pena de comprometer a competitividade do certame, tais exigências devem ser *necessárias* e relacionadas estritamente ao objeto licitado e, nos casos de licitação do tipo técnica e preço, melhor que sejam discriminadas como forma de obtenção de melhor pontuação entre os licitantes, consoante já ressaltado pela jurisprudência colacionada deste TCU; todavia, dadas as considerações de ordem prática, presentes no caso em concreto, atinentes à exiguidade de prazo apto à anulação e realização de nova licitação, à adequação do preço orçado ao mercado, sinalizando não haver benefício financeiro na realização de nova licitação e, ainda, à presença do *periculum in mora* reverso, volvemo-nos pelo seguimento da Concorrência Pública 006/2012.

Conclusão

35. Ante o exposto, propõe-se, no mérito, que o presente processo de Representação seja julgado parcialmente procedente, para que este TCU:

- a) revise, nos termos do art. 276, § 5º, do RI/TCU, a cautelar anteriormente concedida, com vistas a que se dê seguimento ao procedimento licitatório da Concorrência Pública 006/2012;
- b) determine, em razão do permissivo constante do art. 276, § 6º, do RI/TCU, à Eletrobrás Distribuição Piauí, que, quando da elaboração e abertura de novos editais de licitação:
 - b.1) ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnico-profissional ou técnico-operacional de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993, consigne no respectivo processo, expressa e publicamente, os motivos de tal exigência e demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a prescrição não implica restrição do caráter competitivo do certame;
- c) dê ciência da decisão às(aos) pessoas/entidades/órgãos interessados.

Secex-PI/1.ª DT, em 31 de julho de 2012.

(Assinado eletronicamente)
Anderson Pinheiro e Silva
Auditor Federal de Controle Externo
Matr. 6477-7